



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2

002 - A CORUÑA

-Modelo: [REDACTED]

PLAZA DE GALICIA, 1. 15004 A CORUÑA
[REDACTED]

Equipo/usuario: [REDACTED]

N.I.G: [REDACTED]
Procedimiento: PFE INCIDENTE DE EJECUCION 0006937 /1997 0001 EJECUCION DEFINITIVA 0006937 /1997

Sobre URBANISMO

De D/ña. [REDACTED]

Abogado: MIGUEL ANGEL VAZQUEZ GONZALEZ

Procurador: IGNACIO MANUEL ESPASANDIN OTERO

Contra D/ña. AYUNTAMIENTO A CORUÑA, COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE EDIFICIO CONDE DE FENOSA

Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO, MARIA DEL PILAR CORTIZO MELLA

Procurador: , EVA MARIA FERNANDEZ DIEGUEZ

D. JOSE MIGUEL FORMOSO SOBRADO, Letrado de la Administración de Justicia de T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2 002, de los de A CORUÑA.

POR EL PRESENTE HAGO CONSTAR: Que en la pieza separada de INCIDENTE DE EJECUCION nº 6937/1997 ha recaído Auto nº 76/2019, del tenor literal siguiente:

Incidente de Mediación 6937-1997

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

PLENO

Ilmos. Sres./as

- D. JOSÉ MARÍA GÓMEZ Y DÍAZ-CASTROVERDE (Presidente)
- D. JULIO CESAR CIBEIRA YEBRA-PIMENTEL
- D. BENIGNO LÓPEZ GONZÁLEZ
- D. FRANCISCO JAVIER CAMBÓN GARCÍA
- D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA
- D. JUAN BAUTISTA QUINTAS RODRÍGUEZ
- D. FERNANDO FERNÁNDEZ LEICEAGA
- D^a CRISTINA MARÍA PAZ EIROA
- D^a MARÍA DOLORES RIVERA FRADE
- D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES
- D^a MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (ponente)
- D^a M^a AMALIA BOLAÑO PIÑEIRO
- D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR
- D^a M^a DEL CARMEN NÚÑEZ FIAÑO

AUTO

En la ciudad de A Coruña a 8 de febrero de 2019.

HECHOS

PRIMERO.- En este Tribunal se sigue incidente de ejecución de sentencia nº 6937/1997, a instancias de Dª [REDACTED], representada por el Procurador D. Ignacio Manuel Espasandín Otero y defendida por el Letrado D. Miguel Ángel Vázquez González; siendo parte demandada el Ayuntamiento de A Coruña, representado por la Letrada del ayuntamiento; y personada como codemandada la Comunidad de Propietarios del Edificio sito en la calle Fernández Macías 2-4-8-10 de A Coruña, representada por Dª Eva María Fernández Diéguez; habiendo recaído sentencia de fecha 20 de diciembre de 2001 en recurso contencioso-administrativo interpuesto contra acuerdo de 10 de noviembre de 1997 del Ayuntamiento de A Coruña por el que se otorga licencia para la rehabilitación del inmueble sito en el nº 2 de la Calle Fernando Macías para ser destinado a viviendas y locales comerciales. En esta sentencia se estima el recurso y se anula el acuerdo recurrido, y fue confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2006.

SEGUNDO.- En fase de ejecución de sentencia, mediante providencia de fecha 2 de octubre de 2019 se acordó derivar el pleito a mediación, para lo cual se convocó a las partes para comparecencia con la suspensión del curso del proceso. Dicha providencia es firme en Derecho.

TERCERO.- Por la representación de todas las partes se presenta escrito en que se interesa la homologación judicial de los Acuerdos de Mediación adoptados por las partes que se acompañan a su escrito y que se acuerde el archivo del procedimiento ordinario nº 6937/1997 por haberse alcanzado un acuerdo que pone fin al mismo, sin condena en costas a ninguna de las partes, en los siguientes términos:
-Acuerdo convenido entre el Ayuntamiento de A Coruña y la parte recurrente -Dña. [REDACTED] y su esposo D. [REDACTED]-, puede resumirse en los siguientes términos:

- a) Reconocimiento público por parte del Ayuntamiento de A Coruña de la responsabilidad de dicha corporación municipal respecto de la anulación de la licencia correspondiente a la rehabilitación del Antiguo Edificio de Fenosa.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

b) Adopción de un Protocolo de Buenas Prácticas urbanísticas por parte del Ayuntamiento de A Coruña, cuya finalidad consiste en evitar que un caso como el Antiguo Edificio de Fenosa se vuelva a producir.

c) Construcción de un edificio de viviendas de Protección Oficial por parte del Ayuntamiento de A Coruña.

d) Indemnización de los daños personales de índole moral causados a la parte recurrente.

e) Renuncia de acciones por la parte recurrente.

-Acuerdo convenido entre el Ayuntamiento de A Coruña y la Comunidad de Propietarios del Antiguo Edificio de Fenosa, puede resumirse en los siguientes términos:

a) Sustitución de la ejecución *in natura* de la Sentencia, evitándose el derribo del edificio del Antiguo Edificio de Fenosa.

b) Reconocimiento público por parte del Ayuntamiento de A Coruña de la responsabilidad de dicha corporación municipal respecto de la anulación de la licencia correspondiente a la rehabilitación del Antiguo Edificio de Fenosa.

c) Modificación del planeamiento urbanístico de A Coruña para incluir el Antiguo Edificio de Fenosa como "edificio singular".

d) Adopción de un Protocolo de Buenas Prácticas Urbanísticas por parte del Ayuntamiento de A Coruña, cuya finalidad consiste en evitar que un caso como el del Antiguo Edificio de Fenosa se vuelva a producir.

e) Bases para la compensación a los propietarios del Antiguo Edificio de Fenosa.

Por otra parte y a efectos de comprender el alcance y relevancia de los Acuerdos ha de recordarse que la ejecución *in natura* de la sentencia obligaría a la reposición del Antiguo Edificio de Fenosa al momento anterior al otorgamiento de la licencia anulada recuperando la edificación destinada a oficinas conforme a las licencias de 1962 y 1964, demoliendo las obras de rehabilitación ejecutadas y cuya anulación fue acordada en la sentencia, resultando de ello, conforme a los informes de los servicios municipales que se mencionan en el acta final de la mediación, en síntesis, las principales siguientes consecuencias:



-Pérdida de la vivienda de ochenta y siete familias, probablemente viéndose obligadas a abandonar el barrio en que han convivido durante casi veinte años. En total, alberga a más de cuatrocientas personas, con edades entre los dos y los noventa y siete años, y trabajan más de cien personas en los siete locales comerciales y doce oficinas.



-La ejecución de la sentencia en sus propios términos habría llevado al Ayuntamiento de A Coruña a una insostenible situación económico-financiera con un elevado coste social, habiéndose realizado una valoración de costes estimados derivados de la ejecución a partir de datos aportados por los servicios municipales y que se cifran de forma aproximada en 59.500.000 euros, teniendo en cuenta el coste de proceder a la demolición de lo construido tras la concesión de la licencia ilegal y a la reconstrucción para reponer el Antiguo Edificio de Fenosa a la situación anterior al otorgamiento de la licencia anulada; la posible construcción de un edificio de viviendas conforme al Plan General de Ordenación Municipal de A Coruña en que reubicar a las personas desalojadas; el coste del realojo de los vecinos durante la ejecución de las obras de demolición y construcción; y el coste de posibles indemnizaciones derivadas de pérdida de vivienda, entre otros.

Y se ha procedido a la valoración del impacto económico-financiero de donde resultarían serias dificultades en la capacidad presupuestaria del Ayuntamiento de A Coruña para hacer frente a los costes de ejecución de la sentencia. Se analiza y justifica la imposibilidad de acudir al ahorro neto o a la concertación de una operación de crédito a largo plazo, y se llega a la conclusión de que la única forma de ejecutar la sentencia es incrementando los ingresos corrientes del presupuesto mediante una modificación permanente de algún tributo local o reduciendo servicios que o bien no son de prestación obligatoria o bien siéndolo, admiten un margen de ajuste.

En concreto y con relación a la subida de tributos locales, más en concreto del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, el propio ayuntamiento lo considera desproporcionado puesto que para cubrir los costes se precisaría aumentar dicho impuesto en más del doble para cada contribuyente.

Con relación a la afectación de servicios públicos obligatorios sobre los que existe margen de ajuste o sobre los no obligatorios, serían fundamentalmente los siguientes:



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

- a) conservación y rehabilitación de la edificación;
- b) promoción de la cultura (Instituto Municipal Coruña Espectáculos, Consorcio para la Promoción de la Música, gestión de las bibliotecas municipales o mantenimiento de obras en los museos científicos coruñeses, entre otros);
- c) mercados municipales;
- d) Información y promoción de la actividad turística;
- e) escuelas infantiles municipales;
- f) colegios de infantil y primaria;
- g) promoción del empleo;
- h) aportación municipal al transporte colectivo urbano.

Y aun derivando todas las cantidades destinadas a estos servicios a la ejecución de la sentencia, se obtendrían aproximadamente treinta y cinco millones de euros, insuficiente para hacer frente a la ejecución.

Por todo ello se plantea como difícilmente recuperable la cota de bienestar alcanzada por la ciudadanía coruñesa.

CUARTO.- Mediante acuerdo de la presidencia de la Sala de fecha 21 de enero de 2019 se derivó el conocimiento del asunto al Pleno de la Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 197 LOPJ. Y mediante acuerdo de fecha 1 de febrero se convocó a dicho órgano para "conocimiento y, en su caso, homologación de los acuerdos de mediación intrajudicial presentados en los autos 6937/97, en orden a la ejecución de la sentencia".

QUINTO.- Excusan su asistencia al Pleno los Ilmos. Sres. D. José María Arrojo Martínez y D. Juan Sellés Ferreiro por disfrute de permiso en razón a asuntos propios. El Ilmo. Sr. D. José Manuel Ramírez Sineiro se encuentra de baja por enfermedad; y a la Ilma. Sra. Blanca María Fernández Conde le fue admitida la abstención antes de la incoación del incidente de mediación.

SEXTO.- En la celebración del Pleno anuncian la elaboración de voto particular los Ilmos. Sres. D.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

Francisco Javier Cambón García, D. Juan Bautista Quintas Rodríguez, D. Fernando Fernández Leiceaga y Dª. Cristina María Paz Eiroa.

En la sustanciación del presente incidente de mediación se han observado las prescripciones legales, siendo ponente la Ilma. Sra. Dª María Azucena Recio González, quien expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La mediación administrativa como sistema alternativo de resolución de conflictos encuentra encaje en nuestra Constitución como expresión de la libertad personal y de la justicia como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 9.1 y 10.1 CE). En este sentido no existe precepto que se oponga a la mediación, porque el principio de libertad en el que se apoya esta figura supera las fundamentaciones a través de las cuales opera el poder judicial en virtud de lo dispuesto en los artículos 24 y 117 CE, y como ha señalado el Tribunal Constitucional respecto al principio de tutela judicial efectiva, no es un derecho de libertad ejercitable sin más directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, solo ejercitable por las causas procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SAN 2394/2009, Sentencia STSJ ICAN 2929/1988. STS 5193/2011 y SAN 2394/2009).

SEGUNDO.- La mediación intrajudicial está recogida implícitamente en el artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), y la mediación administrativa está prevista los artículos 86 y 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La coexistencia de la mediación con la reserva de jurisdicción prevista para el juez estatal en el artículo 117 de la CE ha sido afirmada por la doctrina del Tribunal Constitucional al declarar la compatibilidad del derecho a la tutela judicial efectiva con la exigencia de trámites previos al proceso, como son los de conciliación o de reclamación administrativa previa (STC 217/1991, de 14 de noviembre, que cita en su texto por todas, la STC 60/1989 y 162/1989).

Y, así las cosas, ante todo, conviene deslindar el instituto de la mediación intrajudicial y su utilización en trance de ejecución de sentencia pues, a diferencia de otras instituciones del Derecho, como



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

acuerdos, convenios, acciones de renuncia y otras semejantes, la mediación intrajudicial, como su propio nombre indica, es un procedimiento que se desarrolla en el seno del proceso y que controla desde su inicio el juez o tribunal, al punto de que solamente mediante la resolución de uno u otro se abre dicho procedimiento mediante previa resolución y posterior comparecencia, bien de oficio o a instancia de todas o una de las partes, como acontece en el presente caso. Es así que la sección segunda de esta Sala, visto el estado de la ejecución de la sentencia y el número de años transcurridos desde su dictado (casi 18) y desde el inicio del proceso (22), sin alcanzar resultado alguno resolvió, a petición de la representación procesal del Ayuntamiento de A Coruña, iniciar dicho procedimiento de mediación intrajudicial ordenado, importa destacar esto de modo esencial, a ejecutar la sentencia y no a inejecutarla.

Y dicha precisión es necesaria porque otras instituciones jurídicas diferentes sirven, justamente, a esa inejecución, por lo que en el presente caso ya debemos descartar que se presente a la Sala un Acta de Mediación que tienda a la inejecución de la sentencia dictada y, menos aún, a respaldar un acuerdo indemnizatorio a favor de la parte recurrente que se proyecte en una renuncia a la acción ejercitada o a los derechos que la sentencia confiere. De hecho se invoca el artículo 18.2 LOPJ que refiere en cualquier caso la necesidad de que se adopten las medidas ordenadas a la mayor efectividad de la ejecutoria. No estamos, de este modo, ante un acuerdo entre partes en el cual, mediante un intercambio económico, se aparenta una ejecución que no es tal y traslada al erario público las responsabilidades de la sentencia. Esto es importante destacarlo, porque tal planteamiento no pasaría de ser vulgar y reduccionista, dejando al margen el instituto principal de la mediación.

Añadidamente, el procedimiento de mediación intrajudicial pivota, no sobre las peticiones de las partes, sino sobre la intervención del Mediador, quien dirige el proceso y canaliza en su seno todas las propuestas hasta configurar el Acta final que respalda los acuerdos que se someten a consideración ahora de la Sala. En tal sentido, ha de destacarse la importancia de esta figura y, en este procedimiento, el hecho de que la persona seleccionada como Mediador haya ostentado la presidencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo configura un valor añadido pues ha de entenderse que difícilmente podría amparar pretensiones y, menos aún, acuerdos que infringiesen de modo manifiesto los términos de



la sentencia y sus consecuencias, así como el ordenamiento jurídico. Pero, aunque así fuera, siempre quedaría este trámite que abordamos ahora en el que la Sala puede rechazar los términos de la mediación o devolver lo acordado al Mediador para que subsane algunos aspectos.



En el contexto anterior, el instituto de la mediación surge en el seno de una ejecución de sentencia en la cual ya hemos de partir, naturalmente, de que si han transcurrido 18 años desde que la sentencia se dicta, sin que medie su ejecución, se debe a las propias dificultades e incidencias de la ejecución, que ya comienzan por los términos del fallo de la sentencia en la medida en que al anular una licencia de rehabilitación y ordenar la demolición o derribo de lo construido a su amparo exigiría, *in natura*, la reposición de lo edificado a su estado anterior lo que, tras diversos incidentes resueltos por la Sala y el Tribunal Supremo, parece llevarnos a que tal ejecución *in natura* llevaría a demoler el edificio litigioso parcialmente, hasta alcanzar la estructura anterior que aún permanece y, sobre ella, reconstruir nuevamente el edificio anterior (antiguo edificio de Fenosa), hasta alcanzar una réplica del mismo cuya legalidad conforme al PGOM actual, hasta donde permite conocer lo actuado, no está acreditada sin necesitar ulteriores legalizaciones, incluso modificaciones del Plan, cuando no la propia demolición de lo nuevamente construido.

Pues bien, a la vista de lo anterior, el uso de la mediación intrajudicial ha sido la respuesta a la situación concurrente, en resolución de la sección segunda de esta Sala mediante providencia de fecha 2 de octubre de 2018, que es hoy firme en Derecho, como quedó expresado en los antecedentes y sobre la que no se puede volver, ni en esta resolución ni en otra posterior. Y debemos decir que la elección no es desafortunada, pues no solo la imponían las circunstancias concurrentes, sino que el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, en la página web de este órgano constitucional, a propósito de la clausura del Día Europeo de la Mediación reafirmaba el firme compromiso del Poder Judicial con la calidad de la justicia y, por ello, "nuestro decidido apoyo a la mediación, especialmente la intrajudicial, pues es nuestro ámbito propio de actuación", finalizando su intervención señalando que los esfuerzos del Consejo General del Poder Judicial continuarán avanzado en esta materia, ya que la institución está convencida de que "la mediación representa una apuesta sólida por la mejora de la justicia y de la convivencia".



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

A partir de todo lo anterior, se hace necesario subrayar que la utilización del instituto de la mediación no es original en este proceso ni una novedosa técnica que la sección segunda, primero, y ahora la Sala, utilizan. Es de destacar como antecedentes que pueden mencionarse supuestos en los cuales la ejecución sustitutoria de la sentencia y no "in natura" recupera las exigencias del interés general y de la justicia. Y debemos de comenzar la reseña de tales alternativas -no exhaustiva- por un supuesto similar al que nos ocupa, tanto en relación con el signo final de la ejecución como en la ratio temporal de lo resuelto por el Tribunal Supremo, supuesto que es el asunto de la Biblioteca Pública de Las Palmas, cuya demolición sin remedio resultó tanto de lo resuelto por la sala territorial, como por el Tribunal Supremo, incluso agotando todas las vías merced a la intervención del Tribunal Constitucional. Y es así que la Disposición adicional sexagésimo novena de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, bajo la rúbrica "Declaración de utilidad pública e interés social en relación con la Biblioteca Pública de Las Palmas" declaró lo siguiente: "Se declara la utilidad pública e interés social de la expropiación de los derechos de ejecución de las resoluciones jurisdiccionales relacionadas con la demolición de la Biblioteca Pública del Estado en Las Palmas de Gran Canaria, atendiendo a la titularidad pública del solar y de la construcción, a su calificación legal como bien de interés cultural y a su afectación a la preservación de la igualdad de todos los ciudadanos en las condiciones de acceso a la cultura y al derecho a la educación, a los efectos previstos en la Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa". Debemos pensar, de este modo, si el legislador ha optado por incumplir abiertamente la sentencia recurriendo al instituto expropiatorio y proponiendo como inejecución de la misma una indemnización a favor de los expropiados por los cauces de la legislación específica de la expropiación. Y la respuesta, evidentemente, ha de ser negativa: la única conclusión es que el legislador ha contemplado la satisfacción del interés general de la justicia y de la ejecución de sus resoluciones en función de los intereses generales concurrentes de suerte que la situación jurídica objeto del recurso contencioso-administrativo queda reparada igualmente. Y para ello ha acudido igualmente a las posibilidades que ofrece el artículo 18.2 LOPJ.

Pueden citarse, igualmente, el proceso de mediación que resuelve el contencioso denominado "asunto Decathlon" entre el Ayuntamiento de Telde y



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

particulares, por ocupación de terrenos de estos, también en ejecución de sentencia, que se resuelve en una indemnización a favor de estos, homologado por auto de 31/7/2015, del Juzgado de lo contencioso Administrativo número 3 de las Palmas de Gran Canaria. O el conocido como asunto "Club Lanzarote" que, igualmente con el instituto de la mediación intrajudicial resuelve el contencioso con el Consejo Insular Aguas de Lanzarote, acuerdo de mediación homologado por auto del mismo Juzgado número 3 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 7/11/17. Y, más aún, el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias -sede Las Palmas- de fecha 21/4/2016 (recurso de apelación 104/15, procedente del procedimiento ordinario ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4.

TERCERO.- Dispone el artículo 77 de la LRJCA, en su apartado 1, que, en los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.

Dentro de este marco del artículo 77.1 de la LRJCA, conviene puntualizar que el hecho de que se trate de la ejecución de una sentencia dictada en materia urbanística, anulatoria de una licencia de rehabilitación de un inmueble, no es, en este caso, óbice para considerar que la materia sobre la que las partes han llegado a un acuerdo es susceptible de transacción, ya que el objeto de los acuerdos no es la disposición de la legalidad urbanística, ni tampoco la renuncia o desistimiento de la acción pública dirigida a exigir la observancia de dicha legalidad. No existe esa renuncia ni ese desistimiento, ni tampoco el objeto de los acuerdos es compensar una inejecución de sentencia que deje incólume la transgresión de la legalidad que en su día justificó el pronunciamiento judicial anulatorio de la licencia de rehabilitación.

El objeto, contenido y finalidad de los acuerdos alcanzados entre las partes se sitúa en otro plano, el de la determinación de los concretos medios y formas a través de los cuales se va a ejecutar la sentencia, como cumplimiento por sustitución o equivalente, con la finalidad de preservar el bien jurídico último objeto de tutela en este tipo de procedimientos, articulando una determinada fórmula



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

para conseguir el restablecimiento de la legalidad urbanística.

Por ello, no cabe apreciar que se haya vulnerado el artículo 77.1 de la LRJCA, ya que la solución alcanzada no se incardina en el artículo 105.1 de la LRJCA -supuesto que impediría la homologación, ya que contravendría la prohibición de suspensión o inejecución total o parcial de la sentencia-. El texto de los acuerdos, tanto en su literalidad como en su contenido sustantivo, se sitúa en otro contexto, el propio de la discusión de cualquier incidente de ejecución de sentencia, como contenido propio del incidente regulado en el artículo 109 de la LRJCA.

Y es que lo que no es susceptible de transacción es la exigibilidad de la observancia de la legalidad urbanística. La forma en que, en el caso concreto, se haya de restablecer esa legalidad, dando cumplimiento a la sentencia que anuló la licencia de rehabilitación, sí es una cuestión abierta a la discusión entre las partes y susceptible de que sobre la misma se puedan alcanzar acuerdos, sin perjuicio de su posterior control por el órgano judicial, con el contenido y límites que enuncia el artículo 77.3 de la LRJCA.

CUARTO.- Siendo cierto el principio general de que las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignen (artículo 103.2 de la LJCA 29/1998), y de que la prohibición de inejecución de sentencia es un principio imperativo e irrenunciable, sobre el cual las partes carecen de poder de disposición, no es menos cierto que, de acuerdo con el artículo 109 de la LRJCA 29/1998, la determinación de la forma, medios y procedimiento a seguir para la ejecución de sentencia entraña en algunas ocasiones la necesidad de una ulterior labor de enjuiciamiento y decisión, encomendada por el legislador al órgano jurisdiccional que ha conocido del asunto en primera o única instancia, como órgano competente para conocer de la ejecución de sentencia.

La regulación del incidente de ejecución, con contenido decisorio propio, tras un previo trámite alegatorio de las partes, pone de manifiesto que la ejecución de las sentencias requiere, en muchas ocasiones, una ulterior labor de enjuiciamiento en la que se han de ponderar diversas alternativas, entendidas como medios de ejecución, tras la cual se ha de producir una concreción de las actuaciones materiales y jurídicas necesarias para dar cumplimiento al fallo judicial -y, con ello, por lo que se refiere a este caso, poder considerar



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

restablecida la legalidad urbanística en su día conculcada con el otorgamiento de la licencia de rehabilitación del inmueble-.

El hecho de que el legislador haya establecido que la decisión sobre el tipo de actuaciones materiales y jurídicas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia constituya el contenido propio de un auto, resitorio de un incidente, en el que se ha de dar respuesta a las alegaciones de las partes, pone de manifiesto que no siempre en el ámbito de esa ejecución hay una única solución reglada, que se deduzca sin margen de discusión de la pura literalidad de la sentencia, sin margen interpretativo alguno. Antes al contrario, en ocasiones es necesario tramitar y resolver un incidente para determinar la concreta forma y medios para dar cumplimiento al pronunciamiento judicial, entre diversas alternativas que se puedan plantear por las partes, lo que demuestra que en ocasiones existe un cierto grado de incertidumbre sobre cómo conseguir la mayor efectividad de un pronunciamiento judicial y un margen para la legítima discrepancia entre las partes.

La resolución de este tipo de conflictos, haciendo conciliables y compatibles las exigencias propias de la cosa juzgada y de la indeclinable potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado con la satisfacción de las pretensiones e intereses de las partes, comporta en ocasiones labores complejas de interpretación jurídica. Esta necesidad ha llevado al legislador a contemplar que, tras la sentencia, se realice en fase de ejecución una ulterior labor jurisdiccional de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, circunscrita a la ponderación de cuál de los concretos medios y alternativas de ejecución posibles debe ser la observada por las partes obligadas al cumplimiento.

QUINTO.- Expuestas las anteriores consideraciones estamos en condiciones de concluir que así como no es disponible para las partes la obligación de ejecutar la sentencia, sí lo es el concreto modo y forma en que se ha de llevar a cabo la ejecución (sin perjuicio del último control judicial, en este caso en el trámite de homologación de los acuerdos alcanzados), ya que se trata de materia sobre la que el propio legislador, consciente de las dificultades que en ocasiones concurren en este ámbito y de la existencia de un legítimo margen para la controversia, remite a un trámite incidental en el que las partes puedan exponer su parecer al respecto de la forma y medios de ejecución y se ponderen las diferentes alternativas. Y es en este ámbito incidental, de la concreción de los medios y forma de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

cumplimiento de sentencia, donde es plausible que esa determinación judicial de la forma en que se ha de llevar a cabo la ejecución pueda venir precedida de las alegaciones, ya no de signo contrario (como es lo habitual en los incidentes ex artículo 109 LRJCA), sino concordantes y de común acuerdo de las partes de la ejecución, lo que no puede dejar de ser tenido en consideración como un elemento de especial relevancia en el juicio propio del procedimiento de ejecución de sentencia, juicio en todo caso reservado a esta Sala, como órgano jurisdiccional competente para hacer ejecutar lo juzgado y para determinar qué actuaciones se deben llevar a cabo con esa finalidad.

En función de una interpretación y aplicación conjunta y coordinada de los artículos 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y los artículos 77.1 y 3 de la LRJCA, 103.2, 105 y 109 de la LRJCA 29/1998, se puede concluir que la función de esta Sala, como tribunal de ejecución, dentro del ámbito de su potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, requiere efectuar una labor de control y examen del contenido de los acuerdos alcanzados para determinar los siguientes extremos, establecidos en el artículo 77.3 de la LRJCA como requisitos para que el tribunal pueda dictar auto declarando terminado el procedimiento:

1º. Que los acuerdos impliquen la desaparición de la controversia.

2º. Que lo acordado no sea contrario al ordenamiento jurídico manifiestamente ni lesivo del interés público ni de terceros.

La apreciación de que se cumple el primero de los requisitos no requiere mayor justificación, bastando remitirse a la literalidad de los acuerdos, con cuyas estipulaciones las partes se consideran satisfechas en sus respectivas pretensiones, en lo que concierne al ámbito decisorio de la presente ejecutoria. También se cumple el segundo de los requisitos, por las razones que se pasan a exponer.

En el presente supuesto nos hallamos con un difícil incidente de ejecución de sentencia en atención a todos los intereses implicados, y en que lo que se pretende como base del acuerdo es fundamentalmente minimizar el impacto para todos los vecinos al ser inminente la demolición del edificio, con los consiguientes perjuicios no solo para los ocupantes del mismo -pérdida de vivienda de ochenta y siete familias y pérdida de empleo de más de cien personas que trabajan en los locales comerciales y oficinas del inmueble-, sino de toda la ciudadanía tal y como



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

se observa del examen de la documentación aportada con los acuerdos de mediación, en orden a los enormes costes derivados de una demolición y posterior reconstrucción a fin de dejar el edificio en el estado en que se hallaba antes del otorgamiento de la licencia, con la consiguiente pérdida de servicios sociales durante muchos años, una insostenible situación económico-financiera para el ayuntamiento con el consiguiente coste social, aportándose una valoración económica de aproximadamente 59.500.000 euros, en atención a los costes de demolición, reconstrucción, construcción de edificio de viviendas para reubicar a los desalojados, costes de realojo de los vecinos durante la ejecución de las obras e indemnizaciones por pérdida de vivienda, así como incremento de los tributos municipales en cantidades aproximadas al doble de la cuota actual. Por consecuencia, se plantea como la única alternativa en el presente momento ante la incidencia de una demolición que plantea serios problemas en orden a su ejecución.

En todo caso, no se trata de un supuesto de inejecución de sentencia sino de todo lo contrario: una forma alternativa de llevar a cabo su ejecución y cumplimiento "in natura" o por equivalente que tiene amparo legal en el artículo 18.2 de la LOPJ, y tal y como se pone de manifiesto en los convenios, consiguiendo un equilibrio entre la indemnización moral que corresponde a la parte demandante en atención a los años transcurridos desde la firmeza de la sentencia de cuya ejecución se trata, junto con un reconocimiento de su labor y de diversas medidas tendentes a evitar que una situación semejante se pueda volver a producir en el futuro, junto con la evitación del excesivo coste para los recursos públicos, con los intereses de los vecinos del inmueble y finalmente se consigue un equilibrio y el mantenimiento de la paz social dentro de la ciudadanía ante la eminencia de la pérdida de prestaciones públicas por el excesivo coste.

Y ya de inicio hemos de rechazar que a tal fin sea relevante el que incluyan una indemnización a favor de la recurrente y su esposo. Y ello porque el ejercicio de la acción pública en absoluto garantiza la percepción real o potencial de una indemnización. Afirmar eso sería tanto como admitir que el ejercicio de dicha acción ya presupone un posible enriquecimiento final, lo que no está en el designio del legislador. Y, en el presente caso, en la redacción de los acuerdos ya se percibe que la indemnización está desconectada de la restauración de la legalidad y, en puridad, procede del desarrollo



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

del proceso y su duración durante muchos más años de los que serían previsibles y deseables.

Así pues, del mismo modo que el legislador contempla de modo global el contexto de la Biblioteca Pública de Las Palmas, hay que examinar también conjuntamente los extremos que comportan los acuerdos de mediación en orden a la restauración de la legalidad urbanística.

En este sentido, se contempla la posibilidad de modificar el PGOM de A Coruña de 2013 e inclusión del inmueble como edificio singular, por razones tanto de interés general como para conseguir la seguridad jurídica por parte de los vecinos; y el Concello se compromete a impulsar esta modificación, aportándose informe técnico-jurídico en que se estudia esta posibilidad y las obras necesarias para poder obtener licencia, incluyendo la normativa de habitabilidad y el CTE. Es importante partir de que la Norma Zonal 1, que es la que regula la denominada "edificación singular", es una norma que ya existe.

Por consecuencia, relevante a efectos de la homologación del convenio es la consideración acerca de que son dos acuerdos que no contravienen el ordenamiento jurídico, y en segundo lugar que no son lesivos ni al interés público ni al de terceros sino todo lo contrario al beneficiarse tanto a los propietarios del edificio como al interés público en términos de adecuada prestación de servicios sociales que pudieran resultar perjudicados de demoler el edificio así como en términos de paz social.

En cualquier caso, se trata de una alternativa a una ejecución de sentencia dictada en un procedimiento en materia urbanística, de forma que no se trata tan solo de indemnizar por los daños morales sino que adquieran especial relevancia cuestiones tales como la adopción de un Protocolo de Buenas Prácticas Urbanísticas por el Ayuntamiento de A Coruña, dentro del cual se contemplan, además de medidas orientadas con carácter general a cualquier otro procedimiento, en concreto y con referencia al presente, y para eliminar las dudas legales, la modificación del planeamiento urbanístico con la consiguiente inclusión del Antiguo Edificio de Fenosa como "edificio singular", puesto que nos hallamos en ejecución en urbanismo y se trata de dar una solución legal, con indicación de las obras necesarias para poder obtener licencia y de algo tan lógico como de la necesidad de adecuarse a la normativa de habitabilidad y al CTE. En conclusión, no es el derribo un fin en sí mismo sino que se trata de un medio orientado a un fin, que es el cumplimiento de la sentencia y la restauración de la legalidad.

SEXTO.- Desde el punto de vista procesal, y en el ejercicio del control del contenido de los acuerdos, tampoco se pueden olvidar cuáles son los límites de la fiscalización por parte del órgano jurisdiccional competente para la ejecución respecto a las actuaciones que las partes desarrollen en esta fase con la finalidad declarada de dar cumplimiento a la sentencia, en función de los acuerdos alcanzados. No se trata de que el Tribunal haya de realizar de oficio, y prescindiendo de las alegaciones y posición procesal de las partes, un examen completo y exhaustivo de la legalidad de las actuaciones inmediatas y futuras acordadas entre ellas con el fin de ejecutar la sentencia, desde todas las perspectivas de análisis posibles y mediante su contraste con la totalidad del sistema de fuentes, sobre todo teniendo en cuenta que se contempla una modificación de planeamiento, que tendrá su propia tramitación y dará lugar a la aprobación de la correspondiente disposición general, y que hasta ese momento final no concurrirían las condiciones de ese examen completo de legalidad de esa actuación, y aún así solo a instancia de parte y en función de los concretos motivos que en su caso alguna parte legitimada pudiera alegar en la vía procesal procedente.

El objeto de control de la legalidad a realizar en este momento se debe proyectar sobre el contenido los acuerdos, -entendidos como derechos y obligaciones reconocidos y asumidos por las partes- desde la perspectiva del artículo 77.3 en relación con los artículos 103 y 108 de la LRJCA. Es decir, se trata de determinar si la asunción por las partes de esas obligaciones, y el reconocimiento por las mismas de los derechos enunciados en los acuerdos, representa o no la quiebra manifiesta del ordenamiento jurídico o la lesión de intereses públicos y de terceros, y no de realizar un control abstracto de la legalidad de la actuación futura a la que se obliga la Administración en los acuerdos alcanzados. Si se realizara de oficio en este momento ese control abstracto y prescindiendo de las alegaciones, pretensiones e intereses de las partes, explicitados en los acuerdos, además de poner en riesgo el principio de congruencia, nos encontraríamos con el obstáculo que representan los límites establecidos en el artículo 103.5 y 108.2 de la LRJCA, y excedería del cometido propio de la función jurisdiccional a desarrollar en fase de ejecución de sentencia, en el que el examen de los acuerdos alcanzados se debe realizar desde la perspectiva de los citados artículos 103 y 108 y concordantes, es decir, desde la consideración, valorable a instancia de parte, de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

si se pretende o no eludir el cumplimiento de la sentencia, mediante la adopción de acuerdos contrarios a la misma.

El apartado 5 del artículo 103 de la LRJCA atribuye al órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de sentencia la potestad de declarar la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, esto es, aquellos que son nulos de pleno derecho por ser contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento, pero condiciona el ejercicio de esa potestad anulatoria a la instancia de parte.

En el mismo sentido, el artículo 108.2 de la LRJCA establece que si la Administración realizare alguna actividad que contraviniere los pronunciamientos del fallo, el Juez o Tribunal, procederá a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento, pero lo condiciona igualmente a la instancia de los interesados.

Este requisito de la instancia de parte o de los interesados para poder declarar la nulidad de una actuación por considerarla contraria al fallo de la sentencia no deja de ser una manifestación del principio de congruencia y de la finalidad propia del procedimiento de ejecución de sentencia, en el que se debe conciliar su dimensión objetiva, como expresión de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado, con su dimensión subjetiva, expresiva de su finalidad propia, conectada con el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes del procedimiento, obteniendo una respuesta fundada en Derecho que pueda dar satisfacción a sus pretensiones.

Se trata, en definitiva, de preservar el principio objetivo de exclusividad jurisdiccional que reconoce el artículo 117.3 de la Constitución, lo cual se realiza con el control judicial del contenido de los acuerdos sometidos a homologación, y hacerlo compatible con la finalidad propia del proceso, y especialmente el de ejecución de sentencia, que es la satisfacción de las pretensiones de las partes, siendo el cauce por el que se hace efectivo el derecho a la tutela judicial de las mismas.

No se puede perder de vista esta perspectiva de la pretensión, como verdadero objeto del procedimiento contencioso-administrativo -superadas las concepciones objetivistas que lo caracterizaban exclusivamente como un "proceso al acto"-, ya que la efectividad de los pronunciamientos de las sentencias no solo está al servicio de la reafirmación de la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

potestad jurisdiccional, sino que es un instrumento clave para la satisfacción de las pretensiones que constituyen el objeto del procedimiento.

Esta consideración hace cobrar protagonismo, a la hora de resolver sobre la concreta forma de ejecutar la sentencia, la perspectiva de los intereses de las partes, y justifica que, dentro de las alternativas posibles de ejecución, se elija aquella que, sin contravenir manifiestamente el ordenamiento jurídico y preservando en todo caso el principio de legalidad, sea aquella que mejor sirve para la efectividad de la tutela que todas las partes impetraran del órgano jurisdiccional y compatibilice en la mayor medida posible la satisfacción de sus intereses enfrentados. Es en esta tarea de ponderación y elección de fórmulas de satisfacción de intereses y pretensiones donde el procedimiento de mediación despliega toda su virtualidad.

En este caso, los acuerdos alcanzados, como recíproca asunción de obligaciones y reconocimiento de derechos, con compromisos concretos y determinados de actuación inmediata y futura, dan respuesta a la satisfacción de los intereses respectivos sin incurrir en infracción apreciable del ordenamiento jurídico, ya que ninguna norma se opone a que las partes puedan alcanzar los compromisos alcanzados y su finalidad se orienta a establecer un concreto cauce jurídico para conseguir el restablecimiento de la legalidad urbanística en la medida en que se había visto afectada, por los concretos motivos expresados en la sentencia, por la licencia de rehabilitación del primitivo edificio de oficinas para destinarlo a viviendas y locales comerciales (que, por lo demás, es hoy el uso propio de la zona en la que está emplazado el inmueble).

Se constata que, además de concretas estipulaciones acordadas que sirven de compensación a los intereses de las partes firmantes de los acuerdos, y que en sí mismas no contravienen el ordenamiento jurídico, se contienen acuerdos dirigidos a la protección y restablecimiento de los bienes jurídicos cuya tutela justificó el éxito de la acción judicial ejercitada por la parte demandante.

Partiendo de estas constataciones básicas, lo cierto es que ninguna parte del procedimiento pone de manifiesto la concurrencia de los supuestos de los artículos 103.5 y 108.2 de la LRJCA, lo cual es un dato relevante a tomar en consideración a la hora de homologar los acuerdos alcanzados, teniendo en cuenta la extensión y alcance del tipo de control a realizar sobre las estipulaciones, y que su virtualidad se limita a establecer la forma de llevar a término la

ejecución e instar un pronunciamiento homologatorio de ese medio ejecutorio, lo que por sí mismo no es susceptible de integrarse en el concepto de "actuación contraria a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento", máxime cuando ninguna parte de este procedimiento ha alegado esa finalidad desviada.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la sentencia de cuya ejecución se trata no anula la licencia de obra al amparo de la cual se construyó el inmueble litigioso, licencia de legalidad no cuestionada, sino la licencia de rehabilitación para ser destinado a vivienda y bajos comerciales por unos concretos motivos. Ello ha de tenerse en cuenta, ya que la demolición del inmueble en su integridad sería un resultado desproporcionado, ya no solo por la magnitud de los perjuicios, sino especialmente porque excedería de la consecuencia inherente a la ejecución estricta in natura del fallo, al sobreponer lo que sería propio de la misma, comportando una ilegítima destrucción de riqueza no exigida ni siquiera por esa ejecución en sus términos literales y propios, que se debería limitar a la obra rehabilitadora, para que el edificio en cuestión quedara en la situación en que se encontraba antes del otorgamiento de aquélla, en los términos que declaró el Tribunal Supremo (en su Sentencia de 16 de marzo de 2016).

Una vez que ha sido descartada la posibilidad de declarar la imposibilidad legal o material de ejecución de sentencia, como consecuencia de la tramitación y resolución de los incidentes previos sustanciados en la ejecutoria, se trataba de dilucidar la forma de reponer la legalidad urbanística y las partes han convenido una serie de actuaciones cuya realización sirve, por un lado, para conciliar sus intereses contrapuestos, y por otro lado, para reponer esa legalidad urbanística con una fórmula alternativa de ejecución, como medio novedoso, planteado por primera vez en esta ejecutoria, para dar la mayor efectividad posible a la misma, preservando el interés público en el restablecimiento de la legalidad.

Este concreto medio de ejecución, entendido como forma de restablecer la legalidad urbanística, con las actuaciones descritas en los acuerdos, no fue contemplado ni valorado en los incidentes anteriormente tramitados y resueltos en la ejecutoria, que no versaron sobre medios de ejecución de sentencia por sustitución o equivalente sino sobre solicitudes de declaración de imposibilidad material o legal que no satisfacían los intereses de todas las partes, pronunciándose sobre tales



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

incidentes y limitando su virtualidad al ámbito de la resolución de las pretensiones deducidas en los mismos, de distinta naturaleza a las actuaciones ahora convenidas entre las partes.

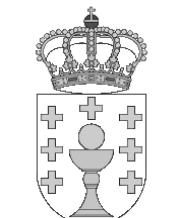
Y, finalmente, hay que destacar que en esta ejecución de sentencia, tal como resulta de la sentencia de 20 de diciembre de 2001, no existen otros intereses en juego que la legalidad urbanística municipal; no existen compromisos de medio ambiente, estándares urbanísticos, patrimonio histórico, costas, Red Natura u otros que pudieran complementar el planeamiento y hacer inviable cualquier solución que no fuera la demolición. Es por ello que el caso al que nos enfrentamos no puede extrapolarse a otros supuestos y plantear, también de modo simplista, que cualquier ejecución urbanística puede sortearse mediante institutos que suplan la ejecución in natura mediante el único requisito de pactar una indemnización: nada más lejos de la realidad y, por tanto, y puede afirmarse desde este momento que cualquier solución que la presente resolución respalde es válida únicamente en los presentes autos, sin que sea en absoluto susceptible de una suerte de extensión de efectos o precedente que pueda esgrimirse en cualquier procedimiento de ejecución urbanística.

SÉPTIMO.- De los elementos obrantes en los autos, no se desprende que el acuerdo adoptado por las partes sea contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros, ni que desconozca ninguna de las limitaciones a las que hace referencia el precitado artículo 77.3 de la LRJCA. Singulamente, hemos de hacer hincapié en que, sobre no ser los acuerdos propuestos ni manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico ni lesivos para el interés general, según hemos constatado en los razonamientos precedentes, tampoco son lesivos para el interés de terceros. Desde el año 1997, en que el procedimiento se sustancia, no se ha tenido conocimiento ni han formado parte del asunto otros intervenientes que los que suscriben la petición de homologación, por lo que cualquier invocación de intereses o perjuicio para terceros a partir de este acto habría de entenderse, en principio, realizada en abuso del derecho.

Cabe también concretar, con relación a los intervenientes en el incidente de mediación, que son exclusivamente aquellos que son parte en el pleito principal, interesados en el recurso y afectados por la ejecución de la sentencia y que como ya se adelantó en el auto por el que se resolvía



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

desestimándolo el recurso de reposición contra la providencia por la que se acordaba la derivación a mediación, que no nos hallamos ante ninguno de los supuestos legales de necesaria intervención del Ministerio Fiscal.

Por todo ello, procede la homologación del acuerdo adoptado, que implica la desaparición de la controversia, declarando la terminación del proceso judicial; homologación de lo acordado por las partes conforme a su derecho de disposición sobre el objeto de este proceso, según lo dispuesto en el art. 77 LJCA.

Si el acuerdo fuera incumplido esta resolución será título ejecutivo a los efectos previstos en los arts. 517 y ss. de la LEC.

OCTAVO.- No se efectúa pronunciamiento en orden a la imposición de costas procesales.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

ACORDAMOS la homologación judicial de los Acuerdos de Mediación adoptados por las partes en el presente incidente en virtud de mediación intrajudicial, en los términos expuestos en el antecedente de hecho tercero de la presente resolución, al no ser los mismos manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico, ni lesivos del interés público o de terceros, por lo que no existiendo motivos que justifiquen la continuación del proceso, se declara finalizado, acordándose su archivo, por haberse alcanzado un acuerdo que le pone fin.

Sin condena en costas.

Firme la misma, archívese el procedimiento.

Contra la presente resolución cabe recurso de reposición (artículo 87.2 de la LRJCA), ante esta Sala, dentro del plazo de cinco días contados a partir del día siguiente a su notificación.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen, ante mí, el Letrado de la Administración de Justicia, que doy fe.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

AUTO 16/2019 - ANEXO I

VOTO PARTICULAR CONJUNTO que formula los Ilmos. Sres. don Juan Bautista Quintas Rodríguez y doña Cristina María Paz Eiroa.

Entendemos que no procedía el dictado de auto declarando terminado el procedimiento. Disentimos de la mayoría. Brevemente:

PREVIO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 197 de la LOPJ, se nos convocó a Pleno el 07/02/2019 para el "Conocimiento, y en su caso, homologación de los acuerdos de mediación intrajudicial presentados en los autos 6937/97 en orden a la ejecución de la sentencia". Es antecedente de la convocatoria que "Mediante providencia de fecha 2 de octubre de 2018 la sección segunda de esta Sala acordó derivar la ejecución de sentencia dictada en los autos 6937/1997 a mediación intrajudicial, citando a las partes a comparecencia, que se celebró el día 8 de octubre. Dicha providencia es firme en Derecho, no correspondiendo en este momento volver sobre dicha decisión".

Vuelve, sí, sobre dicha decisión el auto de la mayoría.

Que la ejecución de la sentencia dictada en los autos 6937/1997 esté en el ámbito de aplicación de la mediación, que la ejecución de la sentencia 6937/1997 pueda ser objeto del acuerdo de mediación, en fin, que la ejecución de la sentencia 6937/1997 sea materia disponible es condición sine qua non para la homologación.

PRIMERO.- El Tribunal Supremo ha venido conociendo de la ejecución como órgano de casación. Las resoluciones de la Sala de instancia son de mera ejecución de las dictadas por el órgano superior.

La STS, Sala Tercera, Sección 5, de 26/03/2016, dictada en el recurso 1797/2015 contra los autos de la Sección Segunda de 29/01/2015 y 08/04/2015 dictados en el trámite de ejecución de la sentencia del recurso contencioso-administrativo 6937/1997 en la que se anuló la licencia para la rehabilitación del inmueble del caso, en su fundamento de derecho segundo, declara lo que sigue: "*SEGUNDO .- El Tribunal a quo no se limita a rechazar lo pedido por la actora, sino que trata de justificar el incumplimiento de lo establecido por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en orden a la*



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

ejecución de las sentencias y desliza en ambas resoluciones recurridas una serie de consideraciones impertinentes. / En la primera, de fecha 29 de enero de 2015, cuando declara que: / « lo que no cabe indicar es que esas obras hayan de tener, como resultado último inexcusable, la restitución del edificio al estado que presentaba antes de su rehabilitación », a pesar de que la licencia de rehabilitación fue anulada por aquella vieja sentencia firme de fecha 20 de diciembre de 2001 , en la que, además, se ordenó expresamente la demolición de las obras amparadas en ella, y, hasta ahora, no han prosperado ninguno de los incidentes planteados por imposibilidad legal ni material de ejecutarla. / En la segunda, de fecha 8 de abril de 2015, cuando asegura que no hay contradicción entre su resolución de fecha 29 de enero de 2015 y las que dictó con fechas 24 de mayo de 2012 y 2 de abril de 2013, porque « ambos se referían a una normativa que no es la que está vigente en este momento y en ningún caso cabe olvidar lo reiteradamente declarado por la Jurisprudencia sobre que sería absurdo demoler algo que inmediatamente podría ser, de forma totalmente legal, construido de nuevo ». / Hay que recordar a la Sala de instancia que si se hubiese procedido a ejecutar la sentencia cuando ella misma declaró que no concurría imposibilidad legal de hacerlo, no se hubiese demorado tal ejecución hasta haberse aprobado distintas modificaciones del planeamiento urbanístico so pretexto del ius variandi de la Administración, cuando ello ha podido encubrir una decidida voluntad de no cumplirla. / Así lo demostró el ulterior incidente promovido por imposibilidad material de ejecutarla, al que la Sala de instancia accedió, si bien, una vez recurrida tal decisión, fue anulada por nuestra sentencia de 8 de julio de 2014, dictada en el recurso de casación 2465 de 2015 , lo que no ha sido obstáculo para que se haya vuelto a plantear por la propia Administración municipal, obligada al cumplimiento de la sentencia, un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y un nuevo incidente de suspensión de la ejecución, también interesada por la Comunidad de Propietarios del edificio rehabilitado con una licencia de obras anulada hace catorce años. / Como ya declaramos en nuestra sentencia de fecha 8 de julio de 2014 (recurso de casación 2465/2013 , fundamento jurídico sexto), la ejecución de la sentencia debe proseguir, según lo viene pidiendo la recurrente en casación desde años atrás, en sus propios términos mientras no se declare con arreglo a la ley y a derecho la imposibilidad de ejecutarla, pues las actuaciones administrativas ilegales no pueden contar con el respaldo de los jueces y tribunales, sometidos exclusivamente al imperio de la Ley (artículo 117.1 de la Constitución) y no a criterios de oportunidad”.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

Las declaraciones del TS son contundentes. Y no se limitan al incidente de la decisión: la crítica de consideraciones de la Sala de instancia sobre el devenir de la ejecución diciendo que "no cabe indicar es que esas obras hayan de tener, como resultado último inexcusable, la restitución del edificio al estado que presentaba antes de su rehabilitación" y el recordatorio a la misma diciendo que "si se hubiese procedido a ejecutar la sentencia cuando ella misma declaró que no concurría imposibilidad legal de hacerlo, no se hubiese demorado tal ejecución hasta haberse aprobado distintas modificaciones del planeamiento urbanístico so pretexto del *ius variandi* de la Administración, cuando ello ha podido encubrir una decidida voluntad de no cumplirla", tales declaraciones, decimos, son claras en punto al parecer del TS sobre el pasado, presente y futuro de la ejecución.

Nos remitimos a la sentencia completa, que queremos dar aquí por reproducida.

Las decisiones del TS en vía de recurso de casación, condicionan, legalmente, esta ejecución.

La situación jurídica no puede ser más cierta.

Suficiente para no declarar terminado el procedimiento.

SEGUNDO.- Mediación -sin ley en el contencioso-administrativo-, transacción -artículo 77 LJCA-, concurrencia de causas de imposibilidad de ejecución -artículo 105 LJCA- e incidente de ejecución -artículo 109 LJCA- nos parecen cosas distintas.

En cualquiera de los casos, la homologación judicial acordada nos parece contraria los artículos 103 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en relación con los arts. 9.1 y 117.1 CE y 18 LOPJ. La potestad de hacer ejecutar las sentencias corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional; las partes están obligadas a cumplir las sentencias; serán nulos de pleno derecho los actos contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento -art. 103, 1, 2 y 4-. No podrá declararse la inejecución del fallo; si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia el Tribunal apreciará su concurrencia o no y adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria -arts. 105.1 y 5-.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

Tampoco, a nuestro juicio, encuentra amparo en el art. 109 LJCA. No se trata de la decisión, sin contrariar el fallo, de cuestiones planteadas en la ejecución, en los términos del art. 109 sino de la opción por "una forma alternativa de llevar a cabo su ejecución". El fallo ordena demoler la obra ilegal, y nada se decide sobre el modo de ejecución de esta obligación de hacer. Los acuerdos entre las partes tampoco convierten en legal lo ilegal.

TERCERO.- El art. 77 LJCA, siempre a nuestro juicio, no es de aplicación.

Porque lo que es de aplicación son las normas especiales de la ejecución -ya lo hemos dicho-; porque el artículo 77 LJCA es de aplicación a los procedimientos en primera o única instancia y el del caso se encuentra en grado de casación; porque, analizados sus apartados 1 y 2, 77 en relación con el artículo 1809 del Código Civil, su antecedente legal, la transacción del caso no persigue la finalidad de evitar la provocación de un pleito o poner fin al que se había comenzado, y es posterior al día en que el pleito se declaró concluso para sentencia, antes, no se celebra una vez formuladas la demanda y la contestación sino cuando el pleito ya está decidido por sentencia firme; porque el juicio no se promueve sobre materias susceptibles de transacción, en particular, el juicio no versa sobre estimación de cantidad y porque se trata de la gestión urbanística y de su control por esta jurisdicción (las leyes prevén, por otra parte, el ejercicio de la acción pública por el Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos); y porque, en la medida en que no convierte en legal lo ilegal, no resuelve la controversia.

CUARTO.- Dice el auto que "*En el presente supuesto nos hallamos con un difícil incidente de ejecución de sentencia en atención a todos los intereses implicados, y en que lo que se pretende como base del acuerdo es fundamentalmente minimizar el impacto para todos los vecinos al ser inminente la demolición del edificio, con los consiguientes perjuicios no solo para los ocupantes del mismo -pérdida de vivienda de ochenta y siete familias y pérdida de empleo de más de cien personas que trabajan en locales comerciales y oficinas del inmueble-, sino de toda la ciudadanía tal y como se observa del examen de la documentación aportada con los acuerdos de mediación, en orden a los enormes costes derivados de una demolición y posterior reconstrucción a fin de dejar el edificio en el estado en que se hallaba antes del otorgamiento de la licencia, con la consiguiente pérdida de servicios sociales durante muchos años, una sostenible situación económico-financiera para el ayuntamiento con el consiguiente*



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

coste social, aportándose una valoración económica de aproximadamente 59.500 euros, en atención a los costes de demolición, reconstrucción, construcción de viviendas para reubicar a los desalojados, coste de realojo de los vecinos durante la ejecución de las obras e indemnizaciones por pérdida de vivienda, así como el incremento de los tributos municipales en cantidades aproximadas al doble de la actual. Por consecuencia, se plantea como la única alternativa en el presente momento ante la incidencia de una demolición que plantea serios problemas en orden a su ejecución".

Al respecto, y, también esto, brevemente.

No dice el auto por qué este incidente es más difícil que otros; por qué la demolición del edificio del caso impacta a todos los vecinos y la demolición de otros no; por qué los costes de la demolición de este edificio importan en esta ejecución y no en otras; sobre todo, no dice el auto por qué la ejecución supone "la consiguiente pérdida de servicios sociales durante muchos años, una sostenible situación económico-financiera para el ayuntamiento con el consiguiente coste social [...] así como el incremento de los tributos municipales en cantidades aproximadas al doble de la actual. Por consecuencia, se plantea como la única alternativa en el presente momento ante la incidencia de una demolición que plantea serios problemas en orden a su ejecución" (en el auto no se relaciona la cantidad que se dice -59.500.000 euros- con los ingresos totales previstos por el Ayuntamiento para el año 2018 -246,8 millones de euros-).

QUINTO.- Finalmente, pero no lo menos importante, el auto afirma que "En este sentido no existe precepto que se oponga a la mediación, porque el principio de libertad en el que se apoya esta figura supera las fundamentaciones a través de las cuales opera el poder judicial en virtud de lo dispuesto en los artículos 24 y 117 CE". Frente a tal afirmación de que el principio de libertad supera las fundamentaciones a través de las cuales opera el poder judicial, nos vemos en la obligación de reiterar que el poder judicial debe operar con sujeción a la Ley. No hay otra forma, en Derecho, de operar.

Y dice, el auto que "el caso al que nos enfrentamos no puede extrapolarse a otros supuestos y plantear, también de modo simplista, que cualquier ejecución urbanística puede sortearse mediante institutos que suplan la ejecución in natura mediante el único requisito de pagar una indemnización: nada más lejos de la realidad y, por tanto, ya puede afirmarse desde este momento que cualquier solución que a la presente resolución respalde es válida únicamente en los presentes



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

autos, sin que sea en absoluto susceptible de una suerte de extensión de efectos o precedente que pueda esgrimirse". Tampoco dice por qué.

SEXTO.- Es por ello que entendemos que no procede el dictado de resolución declarando terminado el procedimiento por medio de la homologación judicial de una transacción.

VOTO PARTICULAR que formula el Ilmo. Sr. don Francisco Javier Cambón García.

PREVIO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 197 de la LOPJ, se nos convocó a Pleno el 07/02/2019 para el "Conocimiento, y en su caso, homologación de los acuerdos de mediación intrajudicial presentados en los autos 6937/97 en orden a la ejecución de la sentencia". Es antecedente de la convocatoria que "Mediante providencia de fecha 2 de octubre de 2018 la sección segunda de esta Sala acordó derivar la ejecución de sentencia dictada en los autos 6937/1997 a mediación intrajudicial, citando a las partes a comparecencia, que se celebró el día 8 de octubre. Dicha providencia es firme en Derecho, no correspondiendo en este momento volver sobre dicha decisión".

PUNTO PRIMERO:

Comparto, en esencia, lo razonado en su V.P. por don Fernando Fernández Leiceaga, en cuanto a:

- La relevancia de lo acordado, así como la trascendencia que puede tener para el futuro, como precedente, para otros supuestos.

- Que el urbanismo, en general, no es materia susceptible de transacción, y mucho menos, cuando ya existe una sentencia firme que declara ilegal el acto administrativo que se recurre.

- Que en el presente caso solo cabe modular el ritmo de la ejecución, en atención a sus particulares circunstancias, pero no dejar sin efecto la sentencia, sustituyéndola por una ejecución sustitutoria alejada de lo acordado, creándose una tercera vía entre ejecución/inejecución por imposibilidad, cual es la mediación/ejecución por sustitución no prevista en

la LJCA, homologando un acuerdo con disposiciones que están fuera de las posibilidades que la Ley 29/1998 atribuye al Tribunal sentenciador, resultando una no ejecución de sentencia y su sustitución por una cosa diferente.

- Que la renuncia por el actor supone en la práctica un desistimiento de la acción pública que exige que el auto haya de ser notificado al Ministerio Fiscal, a tenor del artículo 74.3º LJCA.

- Que la modificación de la ordenanza municipal y la declaración del edificio como singular es una mera intención, que obliga a la tramitación del correspondiente expediente sin forzar el resultado final, que quedará condicionado a las alegaciones que se formulen también por terceros y la Xunta, y en todo caso, tal acuerdo no supone la desaparición de la controversia, la sustitución de ilegalidad de la construcción, no resolviendo las discrepancias entre lo construido y la legalidad urbanística, no legaliza lo edificado, por lo que no se le concede licencia que lo ampare, lo que queda diferido al azar de futuribles, y mientras tal no acontezca, no estará ejecutada debidamente la sentencia.

PUNTO SEGUNDO:

- Los acuerdos relativos a la edificación de viviendas sociales, protocolo de buenas prácticas urbanísticas, medidas referentes a los responsables políticos, técnicos y empresarios de la construcción de un edificio ilegalizable y reclamaciones entre los distintos intervenientes, son cuestiones ajena a la ejecutoria que se pretende archivar por entender, equivocadamente, ejecutada la sentencia.

- Se desconoce el título jurídico que ampara la entrega de casi tres millones de euros al ejecutante, que no es la indemnización del artículo 105.2 LJCA, al haber declarado el T.S. que no concurre imposibilidad de ejecución legal/material, ni se trató el preceptivo expediente de responsabilidad patrimonial la que, en principio, estaría prescrita (T.S. S. 2774/2018, de 10 de julio, Sección 5ª, RC 1548/2017, de PO 2136/12 del TSXG) por haber transcurrido más un año desde la firmeza de la sentencia que anuló la licencia; así pues, la entrega por el Concello de A Coruña de tal suma del erario público, se justificará únicamente como "un premio" a un desistimiento a una reposición a la legalidad urbanística, que habría de rechazarse por el tribunal u oponerse a ello el Ministerio Fiscal (art. 74.4º LJCA) dada la existencia de daño para el interés público.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

PUNTO TERCERO:

Que la ejecución de la sentencia dictada en los autos 6937/1997 esté en el ámbito de aplicación de la mediación, que la ejecución de la sentencia 6937/1997 pueda ser objeto del acuerdo de mediación, en fin, que la ejecución de la sentencia 6937/1997 sea materia disponible es condición sine qua non para la homologación.

La STS, Sala Tercera, Sección 5, de 26/03/2016, dictada en el recurso 1797/2015 contra los autos de la Sección Segunda de 29/01/2015 y 08/04/2015 dictados en el trámite de ejecución de la sentencia del recurso contencioso-administrativo 6937/1997 en la que se anuló la licencia para la rehabilitación del inmueble del caso, en su fundamento de derecho segundo, declara lo que sigue: "SEGUNDO .- *El Tribunal a quo no se limita a rechazar lo pedido por la actora, sino que trata de justificar el incumplimiento de lo establecido por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en orden a la ejecución de las sentencias y desliza en ambas resoluciones recurridas una serie de consideraciones impertinentes.* / En la primera, de fecha 29 de enero de 2015, cuando declara que: / «*lo que no cabe indicar es que esas obras hayan de tener, como resultado último inexcusable, la restitución del edificio al estado que presentaba antes de su rehabilitación* », a pesar de que la licencia de rehabilitación fue anulada por aquella vieja sentencia firme de fecha 20 de diciembre de 2001 , en la que, además, se ordenó expresamente la demolición de las obras amparadas en ella, y, hasta ahora, no han prosperado ninguno de los incidentes planteados por imposibilidad legal ni material de ejecutarla. / En la segunda, de fecha 8 de abril de 2015, cuando asegura que no hay contradicción entre su resolución de fecha 29 de enero de 2015 y las que dictó con fechas 24 de mayo de 2012 y 2 de abril de 2013, porque «*ambos se referían a una normativa que no es la que está vigente en este momento y en ningún caso cabe olvidar lo reiteradamente declarado por la Jurisprudencia sobre que sería absurdo demoler algo que inmediatamente podría ser, de forma totalmente legal, construido de nuevo* ». / Hay que recordar a la Sala de instancia que si se hubiese procedido a ejecutar la sentencia cuando ella misma declaró que no concurría imposibilidad legal de hacerlo, no se hubiese demorado tal ejecución hasta haberse aprobado distintas modificaciones del planeamiento urbanístico so pretexto del *ius variandi* de la Administración, cuando ello ha podido encubrir una decidida voluntad de no cumplirla. / Así lo demostró el ulterior incidente promovido por imposibilidad material de ejecutarla, al que la Sala de instancia accedió, si bien, una vez recurrida tal decisión, fue anulada por



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

nuestra sentencia de 8 de julio de 2014, dictada en el recurso de casación 2465 de 2015 , lo que no ha sido obstáculo para que se haya vuelto a plantear por la propia Administración municipal, obligada al cumplimiento de la sentencia, un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y un nuevo incidente de suspensión de la ejecución, también interesada por la Comunidad de Propietarios del edificio rehabilitado con una licencia de obras anulada hace catorce años. / Como ya declaramos en nuestra sentencia de fecha 8 de julio de 2014 (recurso de casación 2465/2013 , fundamento jurídico sexto), la ejecución de la sentencia debe proseguir, según lo viene pidiendo la recurrente en casación desde años atrás, en sus propios términos mientras no se declare con arreglo a la ley y a derecho la imposibilidad de ejecutarla, pues las actuaciones administrativas ilegales no pueden contar con el respaldo de los jueces y tribunales, sometidos exclusivamente al imperio de la Ley (artículo 117.1 de la Constitución) y no a criterios de oportunidad”.

Las declaraciones del TS son contundentes. Y no se limitan al incidente de la decisión: la crítica de consideraciones de la Sala de instancia sobre el devenir de la ejecución diciendo que “*no cabe indicar es que esas obras hayan de tener, como resultado último inexcusable, la restitución del edificio al estado que presentaba antes de su rehabilitación*” y el recordatorio a la misma diciendo que “*si se hubiese procedido a ejecutar la sentencia cuando ella misma declaró que no concurría imposibilidad legal de hacerlo, no se hubiese demorado tal ejecución hasta haberse aprobado distintas modificaciones del planeamiento urbanístico so pretexto del ius variandi de la Administración, cuando ello ha podido encubrir una decidida voluntad de no cumplirla*”.

Las decisiones del TS en vía de recurso de casación, condicionan, legalmente, esta ejecución.

PUNTO CUARTO:

- No puede confundirse mediación -sin ley en el contencioso-administrativo-, transacción -artículo 77 LJCA-, concurrencia de causas de imposibilidad de ejecución -artículo 105 LJCA- e incidente de ejecución -artículo 109 LJCA- nos parecen cosas distintas.

En cualquiera de los casos, la homologación judicial es contraria a:

1. Los artículos 103 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en relación con los arts. 9.1 y 117.1 CE y 18



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

LOPJ. La potestad de hacer ejecutar las sentencias corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional; las partes están obligadas a cumplir las sentencias; serán nulos de pleno derecho los actos contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento -art. 103, 1, 2 y 4-. No podrá declararse la inejecución del fallo; si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia el Tribunal apreciará su concurrencia o no y adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria -arts. 105.1 y 5-.

2. Tampoco encuentra amparo en el art. 109 LJCA. No se trata de la decisión, sin contrariar el fallo, de cuestiones planteadas en la ejecución, en los términos del art. 109 sino de la opción por "una forma alternativa de llevar a cabo su ejecución". El fallo ordena demoler la obra ilegal, y nada se decide sobre el modo de ejecución de esta obligación de hacer. Los acuerdos entre las partes tampoco convierten en legal lo ilegal.

3. El art. 77 LJCA no es de aplicación.

Porque lo que es de aplicación son las normas especiales de la ejecución; porque el artículo 77 LJCA es de aplicación a los procedimientos en primera o única instancia y el del caso se encuentra en grado de casación; porque, analizados sus apartados 1 y 2, 77 en relación con el artículo 1809 del Código Civil, su antecedente legal, la transacción del caso no persigue la finalidad de evitar la provocación de un pleito o poner fin al que se había comenzado, y es posterior al día en que el pleito se declaró concluso para sentencia, antes, no se celebra una vez formuladas la demanda y la contestación sino cuando el pleito ya está decidido por sentencia firme; porque el juicio no se promueve sobre materias susceptibles de transacción, en particular, el juicio no versa sobre estimación de cantidad y porque se trata de la gestión urbanística y de su control por esta jurisdicción; y porque, en la medida en que no convierten en legal lo ilegal, no resuelve la controversia.

EN CONCLUSIÓN:

La mediación intrajudicial es ajena al urbanismo, y, en lo que afecta a la presente ejecutoria, la sentencia no está ejecutada, al no haberse restaurado la legalidad urbanística, sino que únicamente:



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

- Se ha producido el desistimiento, retribuido, de un particular ejecutante, por lo que puede intervenir, al respecto, el Ministerio Fiscal.

- Se suspende la demolición de la obra ilegal, y condicionada a la declaración del edificio como singular, la que, en su caso, podrá ser impugnada judicialmente por otras varias administraciones e instituciones, así como por ciudadanos en el ejercicio de la acción popular, pudiendo llegar a ser enjuiciada, finalmente, por el TS.

Así pues, no cabe homologación del acuerdo, ni la terminación y archivo definitivo de la ejecutoria.

VOTO DISCREPANTE Ó ACORDO DE MEDIACIÓN QUE FORMULA O MAXISTRADO D.FERNANDO FERNANDEZ LEICEAGA

Considero imprescindible motivar o porqué da decisión de formular discrepancia co acordo da mayoría, dada a relevancia do acordado e a transcendencia que pode ter para o futuro, en concreto, como precedente para outros supostos.

A discrepancia é con algúns dos fundamentos que sustentan o voto da mayoría e cun dos puntos da decisión de homologación.

PRIMEIRO.- Tal e como se fai constar na citación ó pleno da Sala, ésta só debe pronunciarse sobre o acordo celebrado, é dicir, sobre a aplicación do art. 77.3 LJCA; isto supón que queda fóra do debate - tanto pola convocatoria como pola firmeza da providencia de 08.10.2018 e do auto de 29.10 - toda controversia respecto a se a materia discutida - execución dunha sentenza en materia de urbanismo- é susceptible ou non de acordo/transacción/mediación..

En todo caso é o meu criterio que o URBANISMO – en xeral-, non é materia susceptible de transacción, e moito menos, cando xa existe unha sentenza firme que declara ilegal o acto administrativo que se recorre.

Neste caso só cabería modular o ritmo da execución – en atención ás particulares circunstancias do caso- pero non deixar sen efecto a sentenza substituíndo por unha execución substitutoria alonxada do acordado.

Posibilidade que, ó meu entender, carece de base legal; co acordado na providencia de 08.10.2018 xérase unha terceira vía entre a ejecución/inexecución por imposibilidade legal/material que é a mediación/execución por substitución non prevista na Lei 29/1998.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

O efecto derivado da providencia de 08.10.2018 é unha pretensión de homologación dun acordo que contén disposicións que estarían fora das posibilidades que a Lei 29/1988 atribúe ó propio Tribunal sentenciador; é dicir, o resultado é a non execución da sentenza e a substitución por unha cousa diferente.

SEGUNDO.- O dito anteriormente carece de relevancia para decidir o voto, xa que, como se sinalou, o sometemento da cuestión a mediación é cousa xulgada, sobre a que o Pleno carece de xurisdición, limitándose a súa competencia para resolver se o acordo **é ou non manifestamente contrario ó ordenamento xurídico ou lesivo para o interese público ou de terceiros**, e é neste extremo onde coincido- nalgúns extremos- coa maioría, se ben, a discrepancia que se exporá é consecuencia inevitable do dito no FX 1º.

Dado que o acordo contén diversos puntos é necesario examinar se algúns deles infrinxiu estes límites.

Empezarei polo máis significativo (para terceiros alleos ó debate):

1.- Indemnización por dano moral ao demandante, por importe de case 3 millóns de euros.

Estamos ante a aplicación voluntaria, polas partes do procedemento, das posibilidades do art. 105.2 LJCA e 18.2 LOPX e, neste sentido, ningún reproche cabe facer, xa que non se infrinxe o ordenamento xurídico nin se lesionan o interese público ou de terceiros; estarmos ante un acordo privado nunha materia suxeita ó principio dispositivo.

O mesmo cabe dicir no caso da fixación das bases para indemnizar ós titulares de propiedades no edificio

2.- Código de boas prácticas urbanísticas e futura edificación de 50 vivendas sociales.

Tampouco se infrinxen os límites indicados, aínda que a homologación non atribúe ó CODIGO DE BOAS PRACTICAS ningún valor xurídico a maiores do que resulta



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

da aprobación municipal, e a edificación de 50 vivendas estará condicionada á legalidade urbanística.

3.- Renuncia a accións e indemnizacións.

Tampouco infrinxe os límites indicados, aínda que resulta obrigado subliñar que dita renuncia –por parte do actor- supón, na práctica, unha desistencia da acción pública, o que esixe que o auto lle sexa notificado ó Ministerio Fiscal- art.74.3 lei 29/1998.

4.- Recoñecemento de responsabilidade.

Tampouco infrinxe os límites indicados

5.- Modificación da Ordenanza Municipal/declaración de edificio singular.

Neste punto considero obrigado facer unha matización, adiantando que, en se mesmo, non infrinxe os límites indicados.

Considero que se trata dunha declaración de intencións que, en canto tal, non infrinxe os límites do art. 77.3 LJCA e que só obriga a realizar a tramitación do expediente sen condicionar o seu resultado.

Entendo que, a pesares da atribución – pola homologación xudicial- de carácter executivo ó acordo, isto non pode condicionar o resultado final da modificación da Ordenanza municipal e a atribución á construcción do carácter de EDIFICIO SINGULAR.

Todo iso quedará condicionado ó resultado da tramitación e das alegacións que se poidan formular, non só as partes afectadas senón tamén terceiros e a propia administración autonómica.

TERCEIRO.- Outra precisión que considero relevante (e é o punto fundamental de discrepancia coa fundamentación xurídica do voto da mayoría) é que, aínda que é posible o acordo entre as partes para resolver as súas diferenzas - e neste sentido consideraría posible aprobar o acordo- este acordo NON IMPLICA A



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

DESAPARICIÓN DA CONTROVERSIA, entendida coma situación de ilegalidade da construcción.

O acordo resolve a controversia existente entre o RECORRENTE, o CONCELLO e os PROPIETARIOS.

O acordo non resolve a discrepancia entre a CONSTRUCCIÓN e a LEGALIDADE URBANÍSTICA.

O acordo non legaliza a construcción e, neste sentido, non se lle concede a oportuna licenza que a ampare senón que esta cuestión queda deferida ó albur de feitos futuros : modificación da Ordenanza e declaración coma edificio singular.

En tanto isto non sucede a sentenza non estará debidamente executada – coma indiquei non considero que exista unha tercería vía entre a execución e a non execución por imposibilidade legal- o que me leva a formular este voto particular e a miña discrepancia co arquivo da executoria.

A Coruña, a 07 de febrero de 2019.

Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito y, para que así conste, extiendo y firmo la presente certificación.

En A CORUÑA, a catorce de febrero de dos mil diecinueve.

EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
JOSE MIGUEL FORMOSO SOBRADO